Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

IV.

Nachträgliche Bemerkungen über die Streitfrage: ob nach röm. Juſtinianeiſchem Rechte Servituten durch bloßen Vertrag beſtellt werden können.

Von Hrn. Dr. L. A. Warnkönig, öffentl. ord. Prof. der Rechte an der Univerſität Löwen.

Die durch Herrn Profeſſor Schmidtleins Diſſertation von 1823 veranlaßte Streitfrage über die Beſtellung der Servituten durch bloßen Vertrag, kann gewiß noch nicht als gelöſt angeſehen werden. Jede neue Abhandlung beleuchtet dieſelbe von einer andern Seite: die neueſten Lehrbücher, die Organe der geltenden Meinungen halten noch immer an der früheren Lehre feſt, die ſogar täglich neue Vertheidiger findet. Einer der erſten, der ſich (1825) zur neuen Lehre bekannte [1]), mußte ich auf den Gang der Unterhandlungen um ſo aufmerkſamer ſeyn, zu welchen nun Hr. Dr. Francke in Göttingen ein nicht unwichtiges Aktenſtück [2]) geliefert hat. Die Prüfung desſelben iſt die Veranlaſſung nachfolgender Bemerkungen.

Ohne längſt Bekanntes und oft Geſagtes zu wiederholen, iſt es mir darum zu thun, einige zum Theil von dem letzten Schriftſteller mit großem Scharfſinn erhobenen Einwendungen zu beleuchten, und einige Schwierigkeiten herauszuheben, die nach der alten Lehre ſchwer zu beſeitigen ſind.

Es ſcheint mir außer Zweifel, daß, hätten wir nur

1) Commentarii juris romani privati t. I. 4. 316. p. 454—456.

2) Civiliſtiſche Abhandlungen. Göttingen 1826. p. 129—174.

die bekannten Stellen von Gajus, der Inſtitutionen Juſtinians und der Pandekten, worin ausdrücklich geſagt wird: Sine testamento si quis velit etc. pactionibus et stipulationibus id efficere debet, der Grundſatz feſtſtünde: Vertrag und Stipulation reichen hin, um einen Niesbrauch oder jede andre Dienſtbarkeit (d. h. das dingliche Recht derſelben) wirklich zu machen (efficere). Wir würden aus demſelben andre Stellen unſrer Quellen auf das bündigſte erklären, namentlich: l. 3. C. 3. 33. (de servit.), l. 4. C. 3. 34. (de usufructu), l. 33. pr. D. 8. 3. (de servit. praed. rust.), l. 3. §. 2. D. 19. 1. (de act. emti), l. 3. §. 14. D. 43. 16. (de vi), l. 11. pr. D. 8. 6. (quemadmod. serv. amitt.), l. 12. D. 20. 1. (de pign. et hypo.), l. 27. D. 39. 5. (de donation.) [3]). Auch würde uns der triviale Satz der l. 20. C. de partis: *traditionibus et usucapionibus non nudis pactis rerum dominia transferuntur*, nicht weiter ein Hinderniß ſeyn. Denn die rerum dominia ſind keine Servituten, ſondern doch wohl blos das wirkliche eigentliche Eigenthum an körperlichen Sachen: wer es bezweifeln wollte, könnte aus der in der Stelle gemachten Verbindung und Gleichſtellung der usucapio mit der traditio — die bekanntlich bei Dienſtbarkeiten nicht Statt finden konnte — auf eine unwiderſprechliche Weiſe widerlegt werden.

— Aber wie war überhaupt ein ſolcher Grundſatz im römiſchen Rechte möglich? Wie konnte er ſchon beim fundus provincialis zugelaſſen werden? Wie allgemein werden im Juſtinianiſchen Rechte, neben dem Axiom: Obligationum substantia non in eo consistit: ut *servitutem nostram* faciat! — Aus der Unmöglichkeit einer alten Rechtsregel zuwiderlaufenden Lehre ſchloß man auf ihre Nicht-

3) In letzter Stelle wird durch einen bloßen Pfandbrief das Recht der habitatio conſtruirt, und aus dem Beſitze das Interdict gegeben.

wirklichkeit [4]). Und alle die zahlreichen Stellen, welche ſie beſtätigen, wurden in die Theorie eingezwängt: es müſſe zum Vertrag, wenigſtens bei affirmativen Servituten die quasi-traditio hinzukommen, um das jus in re und die actio in rem confessoria wirklich zu machen.

Es iſt eigen, daß niemand verſucht hat, den in den Stellen ausdrücklich ausgeſprochenen Grundſatz: pactionibus et stipulationibus etc. durch das allbekannte: non omnium quae a majoribus constituta sunt ratio reddi potest, zu retten. Mag ſich derſelbe auch als jus singulare im römiſchen Rechte herauswerfen: ſobald er wirklich vorgeſchrieben iſt, muß man ihn denn doch wohl anerkennen. — Aber die entgegenſtehenden Stellen ſind es, die ihn bezweifeln machten und bei den Auslegern umſtießen. So mußten alſo ſeine Verfechter zum Beweiſe der Möglichkeit desſelben ſchreiten und zeigen, daß er, ſei es der civilis — ſei es der naturalis ratio — gemäß ſei. Da ſich hierüber die Herren Schmidtlein und Zimmern auf das Ausführlichſte erklärt haben, ſo wollen wir das Geſagte nicht wiederholen, ſo wenig als Herrn Haſſe's ſcharfſinnige Bemerkungen. Können wir nur darthun, daß in unſern Quellen keine Stellen ſind, die mit der in den angeführten deutlich ausgeſprochenen Lehre im Widerſpruche ſtehen, ſo muß letztere als richtig angenommen werden, wenn wir ihre Entſtehung auch nicht ſollten erklären können.

Nur eins möchte ich bemerken. Schmidtlein hat ſeinen Hauptgrund darauf gebaut, daß eine servitus per pactum et stipulationem constituta nach altem Rechte in bonis geweſen ſei, folglich ein neuerer als vollkommen erworben gelten muß [5]). Zimmern hat dieſen Grund als

---

4) Auf eine ähnliche Weiſe verwirft v. Savigny den Eigenthumserwerb der Früchte des bonae fidei possessor durch perceptio: der trotz der Stellen unerklärlich iſt.

5) Dissertatio p. 65—100. Archiv Bd. 9. p. 163.

falsch zu beweisen gesucht, indem er zur Erwerbung des Rechts in bonis und folglich der publiciana die traditio als nöthig erwieß. Allein aus der Unrichtigkeit dieses Grundes folgt noch nicht die Falschheit der Lehre. Denn was hindert, daß man eine servitus am fundus provincialis vindiciren konnte, wenn sie auch nicht anders als durch Tradition in bonis war. Eine utilis vindicatio konnte ja auf den Grund der pactio und stipulatio gegeben werden. Es ist bekannt, daß man von der Richtigkeit des Grundes nicht nothwendig auf die der Folge schließen könne. Ferner (wie noch die neuesten Untersuchungen von Unterholzner im Rheinischen Museum, Heft 2. p. 129, und dessen scharfen Recensenten, Hr. Mayer, zeigen) kennen wir die Ausdehnung des in bonis und sein Verhältniß zur publiciana in rem actio noch zu wenig, als daß wir mit Sicherheit aus dessen Natur eine abgeleitete Theorie bilden könnten [6]).

Ob der fundus provincialis in *bonis* war — ist trotz der Vatikanischen Fragmente §. 315, 316, die keiner der beiden Herren, wohl aber Schweppe (Rechtsgeschichte S. 394) anführt, zweifelhaft: obgleich der fundus tributarius sich durch Tradition übertrug. Und doch darf man aus denselben Fragmenten §. 61, verbunden mit l. 1. pr. D. 7. 4. (si usufr. petat.), wo nicht schließen, doch conjiciren, daß zur Bestellung des Nießbrauches am fundus stipendiarius [7]) keine Tradition nöthig gewesen sei zur Erwerbung der vindicatio (utilis): wie es nach Gajus II. §. 31 als gewiß angenommen werden muß.

---

6) Eigentlich konnte ein in bonis nur bei den servitutes praediorum rusticorum vorkommen, welche allein res mancipi waren, alle andern Servituten als res mancipi — mußte auch jure gentium oder naturali ratione erworben — im jus quiritium des Erwerbers seyn, sofern es der Gegenstand zuließ.

7) Sollte beim fundus tributarius andres Recht gegolten haben?!

Wie es ſich nun aber mit der hiſtoriſchen Deduction des Satzes, Servituten können durch bloßen Vertrag ohne Tradition beſtellt werden, verhalte: er muß als wahr gelten, wenn man die mit ihm in Widerſpruch ſtehenden Stellen ſo erklären kann, daß ſie aufhören, es zu ſeyn. Dieß halte ich nun mit Hrn. Schmidtlein für ſehr möglich. Ohne auch hier Bekanntes zu wiederholen, will ich beſonders die von Hrn. Dr. Franke, dem Scheine nach ſo ſiegreich der neuen Lehre entgegengeſtellten Stellen auf eine Weiſe zu beleuchten verſuchen, daß, ſo ſchmeichle ich mir, die daraus hergenommenen Einwendungen von ſelbſt wegfallen.

Hr. Dr. Franke ſucht durch die Gegenüberſtellung von l. 11. D. de servitutibus und l. 140. §. 2. D. de Verb. Oblig. zu beweiſen, daß eine durch Stipulation zugeſtandene Servitut noch nicht als erworben anzuſehen ſei; dann heißt es in l. 11.: wer eine Servitut ſtipulirt und dann einen Theil des herrſchen ſollenden Grundſtückes veräußert, vernichtet die Stipulation, weil er die Dienſtbarkeit dem ganzen herrſchenden Grundſtücke nicht mehr erwerben kann, während eine theilweiſe Veräußerung dieſes Grundſtückes der ſchon erworbenen Servitut eben ſo wenig ſchadet, als die gänzliche Veräußerung desſelben.

Beide Sätze ſind richtig; und doch iſt die daraus gezogene Schlußfolge: es könne nur durch Tradition die Dienſtbarkeit erworben werden, falſch — wie viele Stellen auch für jene Sätze angeführt werden (S. 139). Es kömmt hier alles darauf an, was es heißt: servitutem vel usumfructum stipulari?

Dieſe Ausdrücke können wohl keinen andern Sinn haben, als bei allen andern stipulari einer Sache: alſo rem, pecuniam, domum servum oder usumfructum servitutem stipulari iſt dasſelbe und nur nach dem Gegenſtande verſchieden. Aber rem, servum pecuniam stipulari heißt doch wohl nichts anderes als rem, servum, pecuniam *dari* oder *sibi dare* stipulari. Dieß durch einzelne Stellen

zu beweisen, wird überflüssig seyn, da ein flüchtiges Durchlaufen der hierher gehörenden Titel der Institutionen und der Pandekten (III. 15—19. XLV. 1.) hunderte von Beispielen auffinden läßt. [8])

Usumfructum vel servitutem stipulari ist also nichts anderes, als usumfructum vel servitutem *dari*, oder sibi *dare* stipulari, d. h. sich versprechen lassen, daß man einen Nießbrauch oder eine Servitut geben werde, oder kürzlich sich eine künftige, d. h. künftig förmlich zu errichtende ertheilende Servitut versprechen lassen oder ausbedingen. Diese Uebereinkunft enthält also nichts anderes, als die Uebernahme der Verbindlichkeit (obligatio) zur künftigen Uebertragung (datio) eines Niesbrauchs oder einer Dienstbarkeit.

Daß dem wirklich so sei, folgt aus mehreren Stellen, wo *rem* und *servitutem* dari neben einander vorkommen, wie z. B. in l. 2. §. 1. 2. D. 45. 1. (de V. Ob.), l. 1. pr. D. 13. 3. (de condict. tritic.). Es folgt ferner aus l. 19. D. 8. 3. (de S. Praed. rust.), wo der promissor servitutis zu einem dare verpflichtet wird. — Es ist demnach auch zweierlei: servitutem vel usumfructum in obligationem deducere und servitutem vel usumfructum constituere, eine ususfructus obligatio ist noch kein bestellter Niesbrauch. [9])

Was heißt aber usumfructum oder servitutem *dare*? Ist es etwas anderes als constituere? Wenn man bedenkt, wie streng und genau die Römer bei der Wahl ihrer Worte und Formeln waren, welche praktische Wichtigkeit in diesen

---

8) Siehe besonders l. 23. 75. §. 1. D. d. V. ob. und besonders l. 58.

9) L. 17. D. 8. 1. (de servit.), l. 13. §. 1. D. 46. 4. (de accept.), l. 5. D. 7. 1. (de usufr.). Daher ususfructus *debitus* und servitus *debita*: l. 1. 3. §. 3. D. 46. 4. eod. l. 27. §. 4. D 7. 1. (eod.) und die Stellen bei Hasse p. 103. not. 40.

lag; und wenn man erwägt, daß auch beim Eigenthume das dare einen ſo beſtimmten Sinn hatte, ſo wird man nicht einen Augenblick zweifeln, daß durch jene Ausdrücke etwas genau Beſtimmtes bezeichnet wurde. Glücklicher Weiſe ſetzt uns hier Gajus außer Verlegenheit; denn in einer der Hauptſtellen für unſre Lehre, der bekannten l. 3. pr. D. 7. 1. (de usufructu) ſagt er: Dare autem intelligitur (usumfructum) si *induxerit* in fundum legatarium eumve *patiatur uti frui.*

Zwar ſpricht er von dem Falle, ubi heres jubetur usumfructum dare — aber einem ſolchen legatum ususfructus (nach altem Rechte per damnationem) ſteht, auch nach l. 23. D. 45. 1. (de V. O.), der stipulatio ususfructus gleich. Und damit man ſich ja nicht irren könne, daß *dare* usumfructum eine beſondere Errichtung durch eine faktiſche Einführung in den Niesbrauch ſei, ſetzt er die für uns ſo wichtige Bemerkung bei. Sine testamento autem si quis velit *constituere* usumfructum, pactionibus et stipulationibus *id* (nämlich des constituere ohne dare) efficere debet.

Auf eine ähnliche Weiſe wird dann wohl auch das dare servitutem genommen werden müſſen, wie ſich ſehr deutlich auch aus l. 136. §. 1. D. 45. 1. (de V. O.) ergibt.

Es fällt demnach in die Augen, daß Hr. Dr. Francke die stipulatio ususfructus vel servitutis mit jener stipulatio verwechſelt, welche bei Beſtellung dieſer Rechte der pactio beigefügt wird. Letztere iſt nicht die usumfructum vel servitutem *dare*, ja keine stipulatio in dando, ſondern eine in facto stipulatio — wie es in l. 2. §. 5. D. 45. 1. (de V. O.) ausdrücklich geſagt wird. Nachdem nämlich in dieſer Stelle §. 1 und 2 von der stipulatio itineris, viae u. ſ. w. die Rede war, ſagt Paulus im §. 5:

Item si in facto sit stipulatio veluti si ita stipulatus fuero: „*per te non fieri neque per heredem tuum, quominus mihi ire, agere liceat.*“

Dieß ist aber die in so vielen Stellen [10]) fast auf dieselbe Weise vorkommende, von Theophilus so gut erklärte stipulatio, welche die Bestellung der dinglichen Servituten durch Vertrag zu begleiten pflegt: sei es um als Beweis dieser Bestellung zu dienen, wie man aus l. 33. pr. D. 8. 3. (de S. P. r.) schließen möchten, sei es um das Bestellungsgeschäft so zu vollenden, daß die Veräußerung durch die Tradition es wird, und — wie l. 3. §. 2. D. 19. 1. (de act. emti) andeutet: sei es endlich um durch die actio ex stipulatu und besonders durch die häufig beigefügte Strafclausel eine größere Sicherheit dem Erwerber zu geben, oder wie bei negativen Servituten, um denselben in Besitz des Rechtes zu setzen [11]). Die bei der Bestellung des Nießbrauchs vorkommende stipulatio war: *uti frui sibi licere*, nach l. 38. §. 10—12. D. 45. 1. (de V. O.). Beim usus finden wir im l. 111. D. eod.: „*per te non fieri, quominus mihi illa domo uti liceat.*“

Eine solche stipulatio darf auch nicht mit der bloßen patientia uti et frui verwechselt werden, da das letzte ein bloßes factum ist, das keine juristische Natur wie die stipulatio hat, aus welcher die Klage entspringt.

Es kann also von einer doppelten Stipulation bei Servituten die Rede seyn, nämlich der *servitutem dari*, und der per te non fieri etc. Beide werden in den Quellen als zwei ganz verschiedene behandelt, und haben verschiedene Wirkungen, die erste bewirkt eine servitus debita, die andere eine servitus constituta.

Es ist also in der bekannten l. 25. §. 7. D. 7. 1. (de

---

10) L. 4. §. 1. l. 38. §. 6. l. 49. §. 2. l. 75. §. 7. l. 85. §. 3. l. 131. pr. D. 45. 1. (de V. O.) l. 19. pr. D. 7. 1. (de usufr.) u. a. m.

11) Dieß nach der Lehre von Savigny; die nun Unterholzner sogar auf die affirmativen Servituren ausdehnen will. S. Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre Th. II. S. 172—173.

usufructu), wo es heißt: quotiens jure legati ususfructus sit constitutus an per traditionem *vel stipulationem*, auf die letzte stipulatio hingedeutet und nicht auf die *usumfructum dari:* daher an keine Interpolation zu denken; während die der neuen Lehre so sehr entgegenstehende l. 3. pr. D. 44. 7. (de Obl. et act.) keine Schwierigkeit mehr machen kann. Denn wenn Paulus sagt: obligationum substantia non in eo consistit, ut servitutem nostram faciat — so hat er gewiß die stipulatio servitutem dari, also eine in stipulationem deducta servitus im Sinne, die nur durch nachfolgendes dare erworben werden kann; weßhalb er richtig hinzusetzt: sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid etc. Daß aus dieser Stelle nicht die Unmöglichkeit der Erwerbung einer Dienstbarkeit durch eine pactio bewiesen werden kann, folgt (andre Gründe abgerechnet [12]) schon daraus, daß ein bloßes pactum gar keine obligatio (d. h. obligatio civilis), die doch Paulus im Sinne hat, begründet: denn Ulpian sagt deutlich in l. 7. §. 4. D. 2. 14. (de pactis): „Igitur nuda pactio non parit obligationem."

So fällt also von selbst die Stütze, welche Herr Dr. Francke der früher angenommenen Lehre geben wollte. Man weiß, wie vieler Wege sich die Römer bedienten bei Einräumung von Rechten, daß selbst das alte jus civile die zwei feierlichen Formen der mancipatio und in jure cessio hatten. Es ist daher nicht zu wundern, daß ein dare usumfructum, dare servitutem neben dem cedere, constituere, imponere u. s. w. vorkommt. Konnte man nicht bei Bestellung dieser Rechte durch Vermächtniß auf doppelte Weise verfahren per vindicationem et per damnationem? im

12) Nämlich, daß eine solche servitus nicht jure civili, sondern jure gentium vel jure praetorio constituta sei, und daß die Klage nach der Analogie gebildet, wie die act. hypothecaria, de superficiebus u. s. w.

ersten Falle war (wenn kein factisches Hinderniß Statt fand, die servitus ipso jure erworben, im letzten Falle nach der inductio. Warum sollte bei Bestellung dieser Rechte unter Lebenden nicht ein gleiches möglich gewesen seyn? [13]) Wie war es denn bei der dos und der Schenkung? Von erster hieß es aut datur, aut dicitur, aut promittitur (Ulp. VI. 1.), und letztere war möglich durch stipulatio oder mancipatio und in jure cessio.

Wir gehen zu einem andern Einwand, nämlich zu dem, welchen Hr. Oberappellationsrath Zimmern (Archiv Bd. 8. S. 333 fg.) aus l. 19. pr. D. 8. 6. (quemadmod. serv. amitt.) und l. 35. D. 8. 2. (de S. Praed. Urb.) herleitet.

Obgleich Herr Schmidtlein in der Hauptsache die Schwierigkeiten dieser Stellen beseitigt hat: möchte doch eine genauere Erklärung derselben hier nicht am unrechten Orte seyn.

Das erste beider Fragmente sagt:

Si partem fundi vendendo lege caverim: *uti per eam partem in reliquum fundum meum aquam ducerem*, et statutum tempus intercesserit, antequam *rivum* facerem, nihil juris amitto quia nullum *iter aquae* fuit; sed manet mihi jus integrum. Quodsi fecissem iter, neque usus essem, amittam.

Das zweite:

Si binarum aedium dominus dixisset eas, quas venderet, servas fore, sed in traditione non fecisset mentionem, vel ex vendito agere potest vel in certum condicere, ut servitus imponatur.

Daß in den beiden hier aufgeführten Fällen die Dienstbarkeit nicht schon durch einen bloßen dem Kaufe einverleibten

13) Siehe hierüber Hasse l. c. p. 102. Viele Servituten möchten gewöhnlich durch ein leg. per damnationem vermacht worden seyn: nämlich wenn zu deren Ausübung Errichtung von Werken u. s. w. nöthig war.

Nebenvertrag als bestellt und erworben anzusehen sind, leidet nicht den mindesten Zweifel. Zur Bestallung erfordert der Jurist im ersten Falle die wirkliche Anlegung der Wasserleitung (rivus oder iter aquae): im zweiten die Nothwendigkeit einer Wiederholung der Uebereinkunft bei der Uebergabe des Grundstückes.

Eine andre Frage ist es aber: ob aus diesen zwei Fällen der allgemeine Grundsatz kann abgeleitet werden: daß nie die bloße Uebereinkunft zur Erwerbung einer Servitut hinreiche. Die Annahme eines solchen müßte schon dann zweifelhaft seyn, wenn wir uns auch die Gründe der vorliegenden Entscheidungen nicht erklären könnten. Allein eine genauere Prüfung der Fälle wird uns zeigen, daß die Entscheidung des letzten sogar als Beweisstelle für die neue Lehre dienen kann.

Wenn wir beweisen, daß die in den beiden Fällen vorkommenden Nebenverträge im Augenblicke, als sie abgeschlossen wurden, aus allgemeinen Gründen keine Servitut hervorbringen konnten, so werden wir von selbst die Nothwendigkeit einer nachfolgenden Handlung, die deren Errichtung zum Zwecke hat, darthun. Nun frage ich: wie war es möglich, daß schon im Augenblicke des Verkaufes des dienenfolgenden Grundstückes eine Dienstbarkeit entstand? Dasselbe war ja noch im Eigenthume dessen, welcher die Servitut erwerben wollte — und „res sua nemini servit.“ Vor der Tradition dieses Grundstückes konnte also jener Vertrag keine andre Wirkung als die einer obligatio haben; ob er gleich pure abgeschlossen war. Eine neue Handlung war also nachher zur Hervorbringung des dinglichen Rechtes der Dienstbarkeit nöthig. In dem ersten Beispiele erforderte man die wirkliche Anlage der Wasserleitung: wohl aus keinem andern Grunde, als um dem Vertrage Genüge zu leisten, der bestimmt hatte: ut aquam *duceret*. Ist es nicht klar, daß der Sinn der Uebereinkunft war: es solle auf dem zu veräußernden Grundstücke die Anlage einer Wasserleitung gemacht

werden. Folglich bestand die Servitut nicht eher, als dieses geschehen; es war daher nicht einmal die Meinung der Partheien, die Dienstbarkeit schon im Augenblicke des Vertrages als errichtet anzusehen, um so mehr, da solches wegen dem res sua nemini servit unmöglich war [14]).

Der zweite Fall der l. 35. erklärt sich auf eine ähnliche Weise. Der Jurist verlangt zur wirklichen Bestellung der Dienstbarkeit blos die Wiederholung des Nebenvertrages im Augenblick der Tradition. Warum? weil der bloße Vertrag zur Errichtung der Servitut hinreicht. Wäre derselbe also im Augenblicke der Fremdwerdung des dienen sollenden Grundstückes vorgekommen, so war dieselbe erworben. Daß derselbe vorher Statt fand, konnte keine Wirkung dieser Art hervorbringen, weil die Errichtung damals unmöglich war. Der Erwerber des Grundstückes behauptet daher mit Recht, daß es frei sei: er kann aber gezwungen werden, durch eine doppelte Klage die Errichtung der Servitut vorzunehmen [15]).

Die von mir schon mehrmals angeführte l. 33. pr. D. 8. 3. (de S. P. r.) — auf die zu unsrer Verwunderung auch Herr Zimmern sich beruft, bestätigt unsre Entwicklung vollkommen. Denn sie sagt ausdrücklich: daß das bei der Tradition vorkommende pactum die Servitut wirklich erzeuge — maxime si pacto stipulatio subjecta sit. — Auch in l. 35. war gesagt: *servas fore* [16]).

---

14) Daß iter aquae nicht das Recht der Servituten, sondern die materielle Anlage der Wasserleitung bezeichne, ist in den Worten der Stelle, wie mir däucht, deutlich ausgesprochen.

15) Warum in certum condicere? Weil ein indebitum geleistet war, i. e. fundus purus. Siehe l. 22. §. 1. D. 12. 6. (de condict. indeb.).

16) Auf gleiche Weise erklärt sich auch die ebenfalls von Zimmern gegen Schmidtlein angeführte l. 6. §. ult. D. 8. 4. (communia servitut.). — Siehe ferner Arg. l. 3. l. 6. pr. §. 2. D. eod.

Beide hier erläuterten Stellen dürfen daher auch nicht als Beispiele von reservirten Dienstbarkeiten enthaltend angesehen werden.

Ich beschränke mich auf diese Bemerkungen, die zum Zwecke haben, die Haupteinwürfe gegen die neue Lehre zu beleuchten. Ob es mir gelungen ist, die Streitfrage ihrer endlichen Lösung näher zu bringen, überlasse ich der Prüfung derjenigen, welche diesen wichtigen Gegenstand ebenfalls untersucht haben.

Ich schließe dieselben durch eine Frage. Die Anhänger der alten Lehre, welche zur Errichtung der Dienstbarkeiten die Tradition erfordert, nehmen jetzt fast alle an: daß bei negativen Servituten es derselben nicht bedürfe. Hr. Oberappellationsrath Zimmern sagt (Archiv Bd. 7. S. 332): Bei negativen Servituten genügt der Vertrag, darüber ist man jetzt einverstanden. Daß man dieß ist, mag seyn: aber wo sind die Beweise aus den Quellen für die Ausnahme von der Regel? Wo werden servitutes in patiendo und in non faciendo in dieser Rücksicht unterschieden? Sind die Stellen, aus welchen man die Nothwendigkeit der Tradition ableitet, nicht allgemein? Es ist blos das Absurde der symbolischen Handlung, die Unmöglichkeit der Tradition eines blos negativen Rechtes, und das Schweigen von einer solchen in unsern Quellen, welche die Ausnahme in unsre Lehrbücher hineingeführt hat. Allein sind das Beweise für die Existenz eines jus singulare? Finden sich dieselben etwa in v. Savigny's Besitz (4te Ausgabe S. 466), auf den man sich wohl beruft? Da steht aber leider, daß es zur actio publiciana auch bei negativen Servituten der Tradition bedürfe. —

Zeigt nicht gerade die Verlegenheit, in welcher man sich befindet, um bei negativen Servituten eine Ausnahme von der angeblich allgemeinen Nothwendigkeit der Tradition zur Errichtung der Dienstbarkeiten zu rechtfertigen, daß diese Nothwendigkeit selbst sehr problematisch seye? Die neue sie verwerfende Lehre verwickelt uns nicht in diese, wie mir däucht, unauflösliche Schwierigkeit.